

**Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial, com base na distinção entre regras, princípios e políticas públicas de Dworkin**

**DOI: 10.31994/rvs.v12i2.743**

Fabio Henrique Gaudêncio de Paula<sup>1</sup>

Rafael Além Mello Ferreira<sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo teve como objetivo fazer uma análise através da pesquisa bibliográfica do fenômeno da judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial, com base na distinção entre regras, princípios e políticas públicas, traçada por Dworkin. Em uma democracia estável nos dias atuais, o direito ocupa um papel central na organização da esfera institucional, ao definir as condições mínimas para o funcionamento do sistema político. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de novos direitos pelo Constitucionalismo Contemporâneo ocasiona uma atuação mais destacada do Poder Judiciário e essa situação, muitas vezes, é confundida pela entidade jurídica como uma justificativa para decisões sem qualquer critério de racionalidade, baseadas na mais pura discricionariedade judicial. Torna-se necessário, nesse sentido, enfrentar os desafios que tem o Poder Judiciário a fim de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais e da democracia. Afinal, concluímos que uma decisão constitucionalmente adequada também deve ser observada como um direito fundamental do cidadão. Pois os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, uma vez que têm o direito de acesso à justiça, acreditam

---

<sup>1</sup> Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Escola das Comunidades FACECA. Mestrando em Direito pela FDSM, E-mail: gaudencioadvogado@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2009). Estudo na Universitaät Passau - Alemanha. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Endereço eletrônico: ramfmg@hotmail.com.

que suas causas serão contempladas e julgadas à luz do direito previamente estabelecido.

**PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. ATIVISMO. DIREITO FUNDAMENTAL.**

**Judicialization of judicial policy, activism and discretion, based on the distinction between Dworkin's rules, principles and policies**

#### **ABSTRACT**

This article aimed to make an analysis through the bibliographical research of the phenomenon of judicialization of politics, activism and judicial discretion, based on the distinction between rules, principles and public policies outlined by Dworkin. In a stable democracy today, law plays a central role in the organization of the institutional sphere, in defining the minimum conditions for the functioning of the political system. At the same time, the recognition of new rights by Contemporary Constitutionalism causes a more prominent performance of the judiciary, this situation is often confused by the legal entity as a justification for decisions without any criterion of rationality, based on the purest judicial discretion. It is necessary to address the challenges facing the judiciary in order to contribute to the realization of fundamental rights and democracy. After all, a constitutionally appropriate decision must also be observed as a fundamental right of the citizen. Citizens, when seeking the judiciary, as it has the right of access to justice, believe that its causes will be contemplated and judged in the light of the previously established right.

**KEYWORDS: JUDICIALIZATION. DISCRETION. ACTIVISM. FUNDAMENTAL RIGHT.**

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central a Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial, com base na distinção entre regras, princípios e políticas públicas, traçada por Dworkin. Além disso, explora o conceito de Estado Democrático de Direito no tocante ao acesso aos direitos e garantias fundamentais constantemente judicializados no Brasil, que, atualmente, enfrenta um cenário político marcado pela corrupção e falta de representatividade dos eleitos para o executivo e legislativo. Assim, o legislativo não consegue regulamentar matérias de grande importância para a sociedade. Por sua vez, o executivo, diante da Burocracia Estatal e da Ineficiência dos administradores, por muitas vezes, não consegue garantir aos brasileiros a efetividade das políticas públicas da maneira determinada na Carta Constitucional.

A problemática do trabalho se coloca diante da questão: qual o contexto em que o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, com a ampliação de sua dimensão política, enfraquece os direitos fundamentais? Bem como quais as explicações teóricas para a discricionariedade do judiciário na resolução de problemas sociais, políticos e econômicos da sociedade contemporânea em relação à formação do Estado Democrático de Direito e seus pressupostos? Pressupõe-se que, diante desse cenário, nos últimos tempos, o Poder Judiciário vem tomando decisões, baseadas diretamente no texto constitucional, para tentar efetivar os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, resultando em decisões “ativistas”.

Partindo do pressuposto de reconhecimento da inevitável discricionariedade na prática judicial, o trabalho terá como objetivo fazer uma análise do fenômeno da judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial, com base na distinção entre regras, princípios e políticas públicas, traçada por Dworkin com relação aos pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito, especialmente à separação dos poderes e o acesso à justiça para efetivar os direitos fundamentais, todos pressupostos da Constituição de 1988.

Este estudo se justifica devido à necessidade de se discutir o papel do Poder Judiciário e dos limites interpretativos e institucionais de sua atuação para evitar o arbítrio judicial, o subjetivismo, bem como a conversão de um regime democrático em um ativismo que prejudique a solução dos principais problemas sociais, políticos e econômicos das sociedades contemporâneas.

A metodologia adotada parte de uma abordagem qualitativa, que se dará através da pesquisa bibliográfica realizada em livros, artigos científicos e legislação específica. Nesse sentido, procederá com a consulta de acervo acadêmico a para complementação do conteúdo do trabalho.

Para tanto, o presente trabalho está subdividido em três partes, a primeira abordará os direitos fundamentais, bem como o acesso à justiça e o Estado Democrático de Direito. A segunda parte tratará da separação dos poderes. A terceira parte analisará a judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial. Ao final, constata-se que, no contexto do Estado democrático de Direito, expandiu-se a participação do Poder Judiciário na solução dos problemas de relevância social e verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma clara tendência ativista.

## **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA**

A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que, nas Cartas anteriores, restavam espalhados no capítulo pertinente à Ordem Econômica e Social (BRASIL, 1988).

Na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, está escrito que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Aqui, faz-se importante entender o sentido da palavra justiça de maneira ampla, para que se possa melhor compreender essa palavra tão invocada pela sociedade atual. Na visão aristotélica, “a justiça é a lei”, o indivíduo que cumpre a lei pratica a justiça, na sua concepção, “o homem sem a lei seria injusto”, vejamos seu entendimento:

(...) Vimos que o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo; evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos, porque os atos prescritos pela parte do legislador são legítimos, e cada um deles dizemos nós, é justo. Ora nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo desse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem corajoso (...) quanto a de um homem morigerado (...) e os de um homem calmo (...); e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenado outros; e a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, enquanto as leis concebidas às pressas fazem menos bem (FREITAS, 1986, p. 137).

O direito de acesso à justiça está interligado aos direitos sociais, que progrediram lado a lado de acordo com as necessidades e as exigências dos indivíduos, mas, analisando originalmente, o direito de acesso à justiça está nitidamente atrelado aos direitos naturais do homem. Isso porque, assim como o Estado moderno, o conceito de acesso à justiça evolui na mesma proporção com que surgem “novos direitos”. Nesse sentido, Cappelletti, um dos maiores estudiosos do tema “acesso à justiça”, discorreu sobre a evolução histórica desta:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e

ensino do processo civil. Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. (...) A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos, aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos refletidas nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

A Carta Magna de 1988, sem dúvida, trouxe avanços consideráveis no tocante ao acesso democrático à Justiça, estabelecendo direitos e criando mecanismos para sua defesa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – (...);

II – (...);

III - a dignidade da pessoa humana;

IV – (...);

V – (...).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – (...);

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIII – (...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) (...).

LII – (...);

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – (...);

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988).

A Constituição é rica em dispositivos que embasam o direito de acesso à prestação jurisdicional. Já no art. 1.º, III, disciplina, como fundamento constitucional, a dignidade da pessoa humana, logo, o indivíduo, ao ter seus direitos garantidos e respeitados, terá reconhecida a sua dignidade (BRASIL, 1988).

## 1.1 Estado democrático de direito

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito às liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um Estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito às regras de direito (CANOTILHO, 2002, p. 257-266).

A ideia do Estado Democrático de Direito, da maneira como hoje é conhecida, é decorrente de um extenso processo de evolução da forma como as sociedades foram se organizando ao longo dos séculos. A origem do Estado Democrático de Direito é oriunda dos antigos povos gregos e seus inesquecíveis pensadores, desde os idos do século V a I a. C., dentre eles pode-se citar Sócrates, Platão e Aristóteles; este último que criou a teoria do “Estado Ideal”. Eram pensadores que refletiam sobre a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse

comum. Entretanto, foi no final do século XIX que as grandes bases do Estado de Direito foram consolidadas (CANOTILHO, 2002, p. 257-266).

No término do século XVIII, observa-se por meio dos livros de História, a queda dos Estados absolutistas, modelo de Regime político que superou o modelo feudal e que concentrava todo o poder nas mãos dos reis soberanos, considerados representantes de Deus na Terra. Nos Estados absolutistas, os reis passavam a ter Funções plenas, reunindo em suas mãos as Funções Executivo, Legislativo e Judiciário, além do controle espiritual dos súditos.

Assim, eles, os reis, governavam de forma arbitrária e despótica, gerando uma série de injustiças e desequilíbrios sociais, prejudicando, sobretudo, os interesses de uma nova classe social que então ascendia à burguesia. O abuso de poder por parte do rei absolutista revoltou a burguesia, classe econômica, política e social ascendente na época, que buscou novos modelos de organização social nos quais o poder do rei fosse restrito e controlado.

A revolução burguesa, segundo o professor José Jobson Arruda, culminou com o fim do absolutismo monárquico e da política econômica mercantilista, nos quais a burguesia favorecida pelo crescimento econômico pretendia mais liberdade para ampliação dos negócios. Alguns filósofos e teóricos passaram a refletir sobre as melhores formas de organização política e social que poderiam ser adotadas para a proteção da coletividade e das liberdades individuais (SANTOS, 2011).

Nessas reflexões, refutaram a tese de que o poder político derivaria de dádiva Divina, pois concluíram que o poder da sociedade deveria vir das pessoas que a formavam. Então, o homem e somente ele estaria incumbido de descobrir quais seriam os direitos básicos de todo ser humano e como deveria se organizar socialmente para que esses direitos fossem respeitados. Com essa racionalização dos direitos naturais, os quais até então eram divinos, foram surgindo movimentos que reduziram o poder do rei absolutista.

Além de outros embasamentos para os direitos naturais do homem e aqueles fundamentados meramente na fé e em Deus, acelerou o rompimento definitivo entre Estado e religião. Foi aí que surgiu o conceito de jusnaturalismo, ou seja, de que

existem direitos que são naturais ao homem e que fluem da própria natureza humana, os direitos básicos para que o ser humano pudesse viver de forma digna.

Dentre os filósofos e teóricos que se destacaram na procura dos direitos naturais e irrenunciáveis do homem, convém destacar alguns que ofereceram suas contribuições, cujas ideias ainda permanecem atuais. Thomas Hobbes defendia, já em 1651, que somente o direito de amparar-se a si mesmo era irrenunciável, sendo todos os outros direitos decorrentes deste, o que serviu de fundamento à reivindicação das duas conquistas fundamentais do mundo moderno no campo político: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação das Funções do Estado. Desses princípios, nasceu de fato o Estado liberal moderno (SANTOS, 2011).

John Locke, teórico do liberalismo, destacava três direitos naturais básicos: a liberdade, a propriedade e a vida, defendendo, até mesmo, o direito de qualquer povo destituir o poder que não garantisse tais direitos (SANTOS, 2011).

Jean Jacques Rousseau, em fins do século XVIII, defendia que todos os homens nascem livres, pois a liberdade faz parte da natureza do homem e os seus direitos inalienáveis seriam a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade. É dele também aquela ideia de que a organização social deve basear-se em um contrato social firmado entre todos os cidadãos que compõem a sociedade e, a partir do contrato social, surgiu a vontade geral, que é soberana e objetiva a realização do bem geral (SANTOS, 2011).

Charles de Montesquieu contribuiu com essa racionalização quando lançou as sementes da ideia de separação das Funções (tripartição das funções do Estado), obra de importância fundamental na defesa dos direitos individuais. Segundo o autor, existem as leis da natureza, assim chamadas porque decorrem unicamente de nosso ser. Para conhecê-las bem é preciso considerar o homem antes do estabelecimento das sociedades.

Nas últimas linhas, demonstra-se a transição do mundo medieval para o mundo moderno, representada pelo nascimento e pela queda dos Estados absolutistas, quando os fatos históricos contribuíram definitivamente para a consolidação do Estado moderno e de direitos naturais do ser humano, na geração

do que hoje conhecemos como direitos humanos. Tais fatos históricos produziram documentos que até hoje fundamentam os direitos humanos no mundo, como na Inglaterra, país que, durante o século XVII, foi palco de importantes movimentos em defesa das liberdades individuais e contra arbitrariedades do Estado, dentre os quais destacam-se os seguintes, conforme Canotilho (2002, p. 257-266):

- I - Revolução Puritana, 1628 – Petition of Rights, que institui a necessidade de aprovação parlamentar de tributos e a proibição de punição de súditos sem amparo na lei;
- II - Habeas Corpus Act – 1679, em proteção à liberdade e ao devido processo legal;
- III - Revolução Gloriosa – 1689 – Bill of Rights, obrigatoriedade de aprovação das leis pelo Parlamento, garantia de liberdade religiosa.

Aproveitando a maré de reviravoltas que ecoavam da metrópole, os Estados Unidos da América declararam, em 1776, sua independência, afirmando em sua Carta de Independência valores como os da igualdade de todos os homens e a existência de certos direitos inalienáveis, como a vida, a liberdade e a busca pela felicidade.

O marco principal e mais significativo acontecimento histórico na edificação dos direitos humanos e conseqüentemente do direito, foi a Revolução Francesa de 1789, da qual derivou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado moderno.

A Declaração de 1789 assegurava que: “Todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei” e que “a finalidade da sociedade é a felicidade comum e o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade” (BRASIL, 1988).

Hans Kelsen, no século XX, também conceituou o Estado como sujeito artificial e como a personalização da ordem jurídica, bem como a Lei passou a ter a partir de então um papel essencial na organização das sociedades, sendo o instrumento por meio do qual o poder do povo se manifesta e vincula a todos de forma igualitária: governantes e governados são igualmente sujeitos às determinações da lei. A Lei passa a representar a vontade dos cidadãos, pois o

comportamento desses influencia no desenvolvimento das sociedades, devendo assim ser respeitada por todos, não importando a sua condição, implicando finalmente na ideia de Estado de Direito.

O Estado de Direito, nos dias atuais, tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno. Mesmo assim, continuamos, no Século XXI, com o objetivo de buscarmos mecanismos de aperfeiçoamento do modelo do Estado para que atinja o quanto antes o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade dos seres humanos, bem como possa proporcionar o ideal de oportunidades de desenvolvimento com relação à saúde, segurança, habitações dignas, educação para todos. A Constituição da República de 1988 estabelece em seu artigo 1º que:

A República Federativa do Brasil, formada por sua união indissolúvel formada por seus Estados, Municípios e Distrito Federal, Constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Assim, é correto afirmar que o Estado Democrático de Direito vigorou mediante o surgimento da Constituição da República de 1988, com o intuito de tornar a sociedade cada vez melhor e organizada, sujeitando os cidadãos a essa nova constituição, fazendo desta um meio de alcançar a igualdade e o bom convívio da sociedade.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições periódicas e pelo povo, bem como o respeito às autoridades públicas, aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo 1º da Constituição, adotou igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição” (MORAES, 2005, p. 17). No Estado Democrático de Direito, a legalidade tem uma importância fundamental, uma vez que:

A lei, como instrumento de legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata regulando a ação social através do não impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo (STRECK; MORAES, 2005, p. 112).

Na constituição, a democracia do Estado Democrático de Direito é a representativa, uma vez que esta é representada pelos partidos políticos, que, segundo Silva (2005, p. 145), “[...] com tempero de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental”. Pode-se observar que o regime assume uma forma de democracia participativa na qual:

[...] Encontramos participação por via representativa mediante representantes eleitos através de partidos políticos, art. 1º, parágrafo único, 14 e 17; associações, art. 5º XXI; sindicatos art. 8º, III; eleição de empregados juntos aos empregadores, art. 11) e participação por via direta do cidadão ( exercício direto do poder, art. 1º, parágrafo único; iniciativa popular, referendo e plebiscito, já indicados; participação de trabalhadores e empregados na administração, art.10, que na verdade, vai caracterizar-se por uma forma de participação por representação, já que certamente vai ser eleito algum trabalhador ou empregador para representar as respectivas categorias, e se assim for, não se da participação direta , mas por via representativa; participação na administração da justiça, pela ação popular; participação da fiscalização financeira municipal, art. 31º, § 3º; participação da comunidade na seguridade social, art. 194,VII; participação na administração do ensino, art.206, VI) (SILVA, 2005, p. 146).

Diante desse conceito, percebe-se que para que a base estrutural do Estado seja um Estado Democrático de Direito não depende apenas da lei, mas de uma abrangente ideia de obediência aos princípios fundamentais que dão garantias ao cidadão. Enquanto as leis não são imutáveis e podem ser mudadas a qualquer momento, os princípios são sólidos e inabaláveis, pois são eles que moldam nosso ordenamento jurídico, que asseguram e atuam regulando a jurisdição em nosso Estado Democrático de Direito. Os princípios norteadores do Estado democrático de Direito são:

Constitucionalidade: espelha-se a luz da supremacia da constituição, vinculada o legislador e todos os atos estatais à Constituição, instrumentos básicos das garantias jurídicas; Sistema de direitos fundamentais: individuais e coletivos, seja como o Estado de Distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem a autonomia perante as Funções públicas, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a Dignidade da pessoa humana e respalda na defesa e garantia da liberdade, da jurisdição e solidariedade; Jurisdição social: exerce como mecanismo corretivo da desigualdade; Igualdade: não apenas como possibilidade frontal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa (STRECK; MORAES, 2000, p. 90).

Os Estados também têm incorporados a seu ordenamento jurídico princípios e regras de direito internacional. Isso porque, hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno, fazendo parte *da Law of the land* (CRP, art. 8º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso deve submeter-se às normas de direito internacional, quer nas relações internacionais quer no próprio atuar interno. A doutrina mais recente acentua a amizade e a abertura ao direito internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de direito (CANOTILHO, 2002, p. 257-266).

Desse modo, pode-se afirmar que os princípios são reguladores da jurisdição do Estado democrático de Direito e, diante de qualquer norma que venha contra eles, esta será considerada inconstitucional e não deve ser considerada.

## 1.2 Regras, princípios e políticas públicas traçadas por Dworkin

Dworkin estabelece uma distinção importante entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Essa distinção é tão importante que hoje não mais se fala em norma jurídica, apenas em regras e princípios. Além disso, os princípios são questões de fundamento e não precisam estar necessariamente positivados em leis.

Dworkin (1978) observa que, na prática das decisões judiciais e especialmente nos casos difíceis, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do direito positivo. Especialmente nos casos em que não há uma solução fácil no direito positivo, as decisões jurídicas, muitas vezes, recorrem a padrões normativos exteriores ao direito positivo. E geralmente esses padrões exteriores ao direito positivo são princípios morais e objetivos políticos, além de outros padrões não tão recorrentes (DWORKIN, 1978).

As regras são as normas jurídicas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas, que impõem direitos e obrigações ou, em termos de lógica modal, normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada. Ou a regra é válida ou não é. Não há meio-termo, não há graduação. A regra ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é, é cumprida ou é descumprida (DWORKIN, 1978, p. 22).

Já os princípios são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos a que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo (DWORKIN, 1978, p. 24).

Os princípios abrangem tanto os princípios morais quanto os objetivos políticos do governo. Assim, dentro do gênero princípios, Dworkin observa inicialmente que existem duas espécies muito importantes na prática das decisões judiciais e que são bastante recorrentes nas decisões sobre casos difíceis: o uso de argumentos baseados em princípios morais e o uso de argumentos baseados na conformidade da decisão com os objetivos das políticas públicas do governo – que Dworkin (DWORKIN, 1978, p. 22) chama de *policies*.

Os objetivos políticos do governo (*policies*), na linguagem do direito e da política brasileira, podem ser simplesmente identificados sob o nome de políticas públicas, tais como as políticas econômicas, afirmativas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário etc. Esses objetivos políticos não são regras jurídicas, mas padrões que, de fato, as decisões judiciais utilizam para justificar suas conclusões (DWORKIN, 1978).

## 2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A existência do Estado, segundo Verbicaro (2017) está subordinada à existência de poder, sendo este uno. Podendo, contudo, ser concentrado em um único órgão ou dividido. A divisão do poder consiste na distribuição de competências a vários órgãos independentes entre si, sendo o critério funcional um dos principais e no qual o poder é dividido conforme as três funções do Estado.

A repartição dos poderes estatais surgiu da evolução jurídica, política e social das teorias de Montesquieu, que se baseou nas ideias de Locke sobre a necessidade de divisão dos poderes que compõem o Estado, como forma de coibir os abusos dos soberanos absolutistas da época (VERBICARO, 2017).

De acordo com Montesquieu (1993), “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos”. Ou seja, segundo o autor, tudo estaria perdido se uma só pessoa exercesse os três cargos, pois haveria muito abuso de poder, já que uma só pessoa controlaria tudo, sem precisar do consentimento de um terceiro.

Um dos objetivos principais que regiam o pensamento de vários filósofos, teóricos e pensadores, desde a antiguidade, sempre foi o de encontrar uma forma, um modelo de Estado no qual o poder não se centralizasse somente nas mãos de uma pessoa ou de um pequeno grupo e/ou instituição. Preocupados em encontrar uma forma de governo que não favorecesse tiranias nem absolutismos, para obter uma igualdade de direitos entre todos e um Estado justo e democrático, esses pensadores, a partir de Platão e Aristóteles, e chegando ao século XVI, no ápice do iluminismo, com John Locke, apontavam como forma de se obter uma sociedade mais justa uma divisão entre os tipos de poderes (LENZA, 2012).

A concepção de Três Poderes é gerada a partir do século XVII, após um intenso trabalho de análise social de pensadores ainda anteriores a este século e que, com o iluminista Montesquieu, em 1748, vem a ser elaborada de maneira mais

clara e definitiva. Todo Estado tido como democrático ou não absolutista tem em sua estruturação a identificação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mesmo com defasagens possíveis ou mesmo nomenclaturas diferentes.

A separação ou tripartição dos três poderes é uma teoria desenvolvida por Charles de Montesquieu (1748), na obra o “O Espírito das Leis”, que foi criada a partir de influências de outros pensadores anteriores a ele, como Aristóteles, na obra intitulada “Política” e, posteriormente, por John Locke, cem anos antes de “O Espírito das Leis”. Porém, nenhuma obra anterior explica de forma mais coerente e detalhada a estruturação de um Estado regido sob os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) como a de Charles-Louis de Secondat Montesquieu (1993).

Conforme supracitado, Montesquieu desenvolveu uma ideia que dá o parâmetro do constitucionalismo, ou seja, do conjunto de leis contidas numa constituição. É o tipo de regência mais comum em quase todos os tipos de governos de hoje e que busca de maneira democrática designar as autoridades competentes a cada âmbito da sociedade. Isso ocorre para se evitar o autoritarismo, a arbitrariedade e a violência.

A partir dessa concepção de constitucionalismo, Montesquieu começou a traçar um pensamento de forma a dividir os poderes dentro de um governo. Inspirado pela constituição inglesa da época, que, apesar de não ter essa divisão clara em sua estruturação, o francês dividiu de maneira cuidadosa e detalhada para os moldes de sua época, concebendo a divisão dos três poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário (VERBICARO, 2017).

De acordo com Verbicaro (2017) a ideia central da teoria dos três poderes é de que um poder, em suas atribuições, equilibraria a autonomia e interviria quando necessário no outro, propondo uma harmonia e uma maior organização na esfera governamental de um Estado.

A partir dos padrões da constituição inglesa, Montesquieu dividiu os três poderes, resumidamente, da seguinte forma: O Executivo seria regido pelo rei, com o poder de veto sobre as decisões do legislativo, que era formado pelo parlamento (ou legislativo).

O Legislativo, sempre convocado pelo executivo, seria formado por duas esferas: uma de pessoas da própria sociedade (o “corpo dos comuns”), composta por pessoas do povo, que representavam as mais diferentes classes sociais, e outra formada por nobres, intelectuais e pessoas influentes, que tinham por herança influência ou poder (o “corpo dos nobres”), bem como tinham o poder de veto sobre as decisões e propostas do corpo dos comuns. Eram assembleias independentes que propunham projetos de leis e estatutos que iriam reger a monarquia e o Estado, tendo de passar pela aprovação do rei.

O Judiciário não deveria ser único, pois considerava que nobres deveriam ser julgados por outros nobres, o que, segundo alguns teóricos, indica que Montesquieu não defendia uma igualdade de todos perante a lei. Outra visão era de que, para diferentes particularidades de cada caso, existissem diferentes tribunais, todos eles refletindo, segundo a constituição do país, a sentença de acordo com o caso. Observa-se que o trabalho de Montesquieu influenciou logo em seguida na criação da constituição dos Estados Unidos e, conseqüentemente, a tripartição dos poderes se tornou a base de qualquer esfera democrática no mundo contemporâneo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da separação dos poderes no artigo 2º, o qual prevê que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (LENZA, 2012, p. 484). Lembrando que o constituinte originário garantiu à separação dos poderes a categoria de cláusula pétrea, circunstância que impede qualquer tentativa de mudança na Constituição que venha a ferir a separação dos poderes.

Atualmente, o Sistema Democrático de Direito, adotado no Brasil, permite a expansão da atuação do Judiciário sobre os poderes e políticas do Legislativo e do Executivo. E o fundamento de tal atuação é, em última análise, o primado da Supremacia da Constituição, justificado pela imperiosa necessidade de preservação de dados direitos, tais como os fundamentais, cabendo à Corte Constitucional sua guarda e respeitabilidade. Essa participação mais ativa do Judiciário não invade a seara do Legislativo, que continua a ter por função típica a criação das leis, mas

permite resguardar as instituições democráticas e os princípios constitucionais (VERBICARO, 2017, p. 391).

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

A judicialização da política surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário no campo político, ou seja, ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou consequências visíveis na democracia brasileira (VERBICARO, 2017).

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política (BRASIL, 1988). Segundo Vicente Paulo de Almeida (2011), “a expressão Judicialização da Política começou a ser utilizada na obra de Tate e Vallinder, na qual os autores abordaram a expansão do judiciário em Estados Democráticos”. Para Almeida (2011), na referida obra, os doutrinadores informam que na “judicialização da política e no ativismo judicial existe uma aproximação entre a jurisdição e a política, contudo, a Judicialização decorre da necessidade, enquanto o ativismo da vontade do juiz”.

De acordo com Barroso (2008, p. 3), a judicialização “ocorre quando o poder judiciário é levado a decidir sobre questões de grande repercussão na sociedade”, questões essas que, a princípio, deveriam ser decididas pelo legislativo por meio de normas abstratas ou, ainda, em sua maioria, serem decididas pelo executivo, que tem o dever de aplicar a lei de ofício, efetivando os direitos.

Para Loiane Prado Verbicaro (2017), a Judicialização da Política surge e ganha força em um contexto de ampliação do papel do Poder Judiciário na sociedade, sendo este um fenômeno já consolidado nas democracias estáveis.

Conforme Verbicaro (2017), num sentido constitucional, “a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado”, uma vez que tem por consequência o aumento dos poderes dos tribunais. Ainda para a autora, esse fenômeno causa uma mudança de paradigma no entendimento de democracia, flexibilizando a ideia da supremacia da representação originária do povo pelo voto e buscando a plena efetivação dos direitos fundamentais expressos na Constituição.

Para Barroso (2009, p. 07), “o fenômeno do ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América, em 1857, no julgamento de um caso: “Dred Scott v. Sanford”, quando a Suprema corte daquele país realizou uma interpretação conservadora da Constituição americana para dar amparo ao regime de segregação racial e barrar eventuais leis sociais. Ainda, para o ministro, essa posição começou a se inverter na metade do século XX, quando a Suprema Corte Americana passou a proferir decisões progressistas, buscando garantir direitos fundamentais a negros e mulheres.

Outro conceito também importante para compreendermos o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal e do próprio Judiciário brasileiro na atualidade é o chamado ativismo judicial. Assim entendido como atitude decorrente da judicialização, o ativismo judicial, analogamente ao processo de judicialização, é complexo por conter múltiplas dimensões. Inicialmente, pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional (nos autos do processo judicial) quanto fora deles, quando os magistrados, por exemplo, dão entrevistas, discursos de posse e pronunciamentos fora dos autos, que repercutem uma posição política, sociológica, causando repercussões em esferas diversas da sociedade (VERBICARO, 2017).

Portanto, conforme exposto, pode-se dizer que o ativismo extra jurisdicional (fora dos autos) explicita a dimensão de ideologia Política do Judiciário, aproximando-o de alguma forma da atuação dos demais poderes de Estado

(Executivo e Legislativo), os quais, entretanto, são legitimados democraticamente para o exercício dessa atividade política.

A constituição de 1988 foi um marco divisor de períodos: antes um pensamento restritivo; a chamada autocontenção judicial, pelo que o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes; depois, pode-se verificar um Judiciário mais ativo, com participação ampliada.

Nas palavras de Barroso (2008, p. 7), a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, é uma conduta comprometida dos magistrados, não apenas das altas cortes, de ativamente se utilizarem do processo judicial para a concretização de direitos, sobretudo, ligados aos direitos fundamentais, e que não foram ou não estão sendo plenamente satisfeitos.

O ativismo é repellido pela esfera mais tradicional da doutrina, justamente pelo perigo de cometimento de ilegalidades em prol da suposta aplicação da justiça, sem obrigatoriamente observar-se a segurança jurídica das atitudes cometidas pelos magistrados em suas decisões em um modelo discricionário (VERBICARO, 2017).

O modelo discricionário inclui teóricos que, como Hans Kelsen, reconhecem a presença da discricionariedade judicial para eleger entre as distintas possibilidades interpretativas que oferece a norma, com a cautela de que este poder não é ilimitado, porquanto não autoriza o intérprete a transcender a norma como moldura legal. Incluem-se também autores positivistas que, como John Austin e Herbert Hart, reconhecem um sentido forte de discricionariedade judicial nas hipóteses em que o direito positivo não oferece nenhuma resposta para o caso. Nos casos ordinários, no entanto, o juiz limita-se a aplicar o direito positivo sem dose adicional de liberdade e/ou discricionariedade (VERBICARO, 2017).

De acordo com Verbicaro (VERBICARO, 2017) conectando-se aos modelos de atuação judicial, a discricionariedade é considerada uma das mais polissêmicas da filosofia do direito. Para o estabelecimento de um marco conceitual adequado, centra-se na contraposição entre as noções de discricionariedade fraca,

representada pelo modelo de direito de Ronald Dworkin, e discricionariedade forte, cujo principal expoente é Herbert Hart.

Portanto, conforme já exposto, a judicialização é um fenômeno que surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário na arena política, econômica e social, bem como as condições facilitadoras desse fenômeno no contexto da democracia brasileira, sendo uma delas a própria existência de conceitos discricionários na Carta constitucional em detrimento de categorias e definições precisas e unívocas cultivadas pela dogmática, o que projetou o intérprete a assumir um papel de destaque nas atuais democracias, bem como a assumir o centro das principais reflexões políticas, jurídicas e filosóficas do debate contemporâneo.

Considerando a crescente judicialização das relações sociais, políticas e econômicas, é iniludível que, na prática jurídica contemporânea, especialmente em assuntos relativos à adjudicação constitucional, marcados pela complexidade das questões de moral política envolvidas, existem numerosos empates de respostas razoáveis e que suscitam, irremediavelmente, a necessidade de escolha de uma entre as alternativas igualmente adequadas e viáveis. Assumir essa realidade e declarar que os juízes, em casos excepcionais, têm discricionariedade para decidir de maneira razoável, fora dos exatos limites circunscritos pelo direito, propicia clareza e honestidade à prática jurídica.

Partindo do pressuposto de reconhecimento da inevitável discricionariedade na prática judicial, este trabalho enfrenta o problemático tema do ativismo e da judicialização da política. Essa articulação entre discricionariedade judicial, que suscita sobremaneira reflexões no âmbito da filosofia do direito, com a questão do ativismo judicial e judicialização da política, que se projetam para a filosofia política, são temas candentes que se encontram para a construção de uma teoria jurídica democrática construída sob as bases de um Estado de Direito que, no contexto de uma atuação progressivamente proativa do Judiciário, reconhece a inevitável e necessária dose de discricionariedade do intérprete judicial e, conseqüentemente, a necessidade de se rediscutir o papel da participação e dos limites interpretativos e institucionais de sua atuação para evitar o arbítrio judicial, o subjetivismo, bem como

a conversão de um regime democrático em uma ditadura de juízes que transfira à instância contramajoritária a solução dos principais problemas sociais, políticos e econômicos das sociedades contemporâneas.

Assim, uma postura ativista do Poder Judiciário, sob uma visão positiva do ativismo judicial, passa a ser necessária e imprescindível para permitir uma efetiva garantia dos direitos fundamentais do cidadão (VERBICARO, 2017). O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

## CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente trabalho, o Princípio, a Regra e as Políticas Públicas se distinguem entre si, adequando-se a cada momento histórico, e o momento atual é de forte protagonismo do Poder Judiciário. Neste contexto, o Ativismo Judicial é uma realidade, cabendo aos agentes de poder atuar com consciência para manter a estabilidade do Estado Democrático de Direito e a preservação da divisão dos Poderes.

Segundo o que foi apresentado, o princípio da separação dos poderes não foi estabelecido de um momento para outro, mas foi formulado e está em constante transformação ao longo do tempo. O Estado Constitucional está em transformação desde a sua implantação, sendo que a importância dada a cada poder vem sofrendo mutações conforme os objetivos do Estado, os quais sofrem mudanças com o passar do tempo.

No intuito de responder a problemática do trabalho, identificou-se na pesquisa que a judicialização trata-se de um fenômeno por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de

serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo. Assim, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

No contexto do Estado democrático de Direito, se expandiu a participação do Poder Judiciário na solução dos problemas de relevância social, cultural, política e econômica, fenômeno que ainda perdura na atualidade. Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma clara tendência ativista. Questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário.

Portanto, torna-se necessário enfrentar os desafios que tem o Poder Judiciário a fim de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Afinal, uma decisão constitucionalmente adequada também deve ser observada como um direito fundamental do cidadão. Os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, uma vez que estes têm o direito de acesso à justiça, acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do direito previamente estabelecido.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: Sociedade e Poder. (1748). *In*: WEFFORT, F.C. (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

ALMEIDA, Vicente Paulo. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium**: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 15 jun. 2021.



BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 jun. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabros, 1988.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FREITAS, Juarez. **As Grandes Linhas da Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio Grande do Sul: EDUCS, 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e função de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Nova Cultural, 1994.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix Ltda, 2008.

SANTOS, Adilson Alves dos. **O estado democrático de direito**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em: 15 jun. 2021.



VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista Direito GV**, [S.L.], v. 4, n. 2, p. 389-406, dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/xw8SQHNmZc7PHw7hzzjdZbC/?lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2021.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discrecionalidade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

Recebido em 11/11/2020

Publicado em 03/09/2021